

Subsídios para a Ação Coletiva Passiva Brasileira

Nelson Rodrigues Netto

Advogado. Mestre e Doutor em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Pós-Doutor pela Harvard Law School.

Sumário: 1 – Introdução. 2. Os Antecedentes da Ação Coletiva Passiva. 2.1 - As Cortes Inglesas de Chancelaria. 2.2 - O Direito e a Jurisprudência dos Estados Unidos da América. 2.2.1 - A *Federal Equity Rule 48* (1842). 2.2.2 -A *Federal Equity Rule 38* (1912). 2.2.3 - As *Federal Rules of Civil Procedure* (1938) – Art. 23. 3 - As Características da Ação Coletiva Passiva. 3.1 – Introdução. 3.1.1 - Art. 23(a) – Pré-Requisitos da Ação Coletiva Passiva. 3.1.2 - Art. 23(b) – Manutenção da Ação Coletiva Passiva.

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo fornecer subsídios para as ações coletivas passivas brasileiras, a partir do paradigma das *defendant class actions* do direito norte-americano.

Abstract: The present essay aims at subsidizing the Brazilian defendant class actions adopting as a pattern the defendant class actions in the United States.

Palavras-chave: ação coletiva passiva, direito comparado, doutrina, jurisprudência.

Keywords: defendant class action, comparative law, legal treatises, case law.

1 – Introdução

A ação coletiva passiva vem, paulatinamente, ganhando reconhecimento no cenário jurídico nacional, e sendo aplicada pelo nosso Poder Judiciário.

Atualmente, não há qualquer previsão legal sobre o tema no direito brasileiro, servindo de fonte subsidiária, a par das normas relativas à ação coletiva (ativa), a disciplina da ação coletiva passiva no Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América¹ e no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.²

O presente ensaio visa enriquecer o debate e incrementar os subsídios para o direito brasileiro, utilizando-se da larga e antiga experiência norte-americana nas ações coletivas passivas.

2. Os Antecedentes da Ação Coletiva Passiva

2.1 - As Cortes Inglesas de Chancelaria

Em suas origens, as ações representativas eram formadas por um grupo ou uma classe de demandados em uma ação.

A demanda era movida por um autor em face de certos réus, agindo em nome de todo o grupo, em razão dos interesses comuns que uniam esta designada classe de pessoas e por causa de seu largo número, que tornava impraticável determinar a presença de todos eles em juízo.

O trabalho do procurador da congregação de Canterbury, C. R. Bunce, no final do século XVIII e início do século XIX, ao organizar os registros da congregação e do deão, separando documentos concernentes às atividades das cortes eclesiásticas de Canterbury, tornou possível reconhecer, nos dias atuais, a data e origem prováveis dos litígios coletivos, especialmente as ações coletivas passivas.³

¹ Arts. 35 a 38.

² Arts. 39 a 40.

³ *Select Cases from the Ecclesiastical Courts of the Province of Canterbury c. 1200-1301*, 2, Introduction. London: Selden Society, 1981.

Master Martin Rector of Barkway c. Parishioners of Nuthampstead, nome antigo do caso *Martin v. Parishioners of Nuthampstead*, é a disputa aceita como o mais antigo litígio em grupo, atualmente conhecido.⁴

O caso data de cerca de 1.199, e envolveu alguns paroquianos como demandados representando toda a comunidade da paróquia, numa ação movida pelo pároco de Barkway, relativa a direitos sobre dízimos e outras vantagens da diocese e as correlativas obrigações.⁵

Verifica-se, portanto, que a moderna ação coletiva tem sua origem nos procedimentos de equidade das cortes inglesas de chancelaria, os *Bills of Peace*, onde um autor acionava vários réus como um grupo, categoria ou classe.^{6 7}

Na era Medieval, as ações coletivas passivas eram tão freqüentes quanto as ações cuja coletividade encontrava-se no pólo ativo da relação processual.⁸ Atualmente, o número de processos coletivos “ativos” supera o número de ações passivas.⁹

⁴ Ver, Stephen Yeazell, *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action*, 38 (Yale 1987) (doravante citado como Yeazell, *Medieval Group Litigation*); *The Past and Future of Defendant and Settlement Classes in Collective Litigation*, 39 Ariz. L. Rev. 687, 688 (1997). O Professor Yeazell faz uma interessante revisão sociológica das partes em *Martin v. Parishioners of Nuthampstead*, se podemos dizer de “poderes opostos”, concluindo que, nos tempos primevos, a ação coletiva não era ainda um dispositivo que supostamente exerce uma função de proteção da parte “fraca” no litígio. Ele ilustra este aspecto moderno da ação coletiva com a frase “a missão histórica da ação coletiva de defender o cara menor” atribuída ao Juiz e Professor Benjamin Kaplan por Martin Frankel, in, *Amended Rule 23 from a Judge’s Point of View*, 32 Antitrust L. J. 295, 299 (1966) (Yeazell, *Medieval Group Litigation*, 688-9). Para comentários e críticas sobre o trabalho do Prof. Yeazell, ver, Robert G. Bone, *Personal and Impersonal Litigative Forms: Reconceiving the History of Adjudicative Representation*, 70 B.U.L. L. Rev. 213 (1990); Robert Klonoff e Edward Bilich, *Class Actions and other Multi-Party Litigation. Cases and Materials*, 18-24 (West Group 2000).

⁵ *Ecclesiastical Courts*, 8-10.

⁶ Esta assertiva continua irrefutável, mesmo com o passar dos tempos. Ver, Note, *Action under the Codes Against Representative Defendants*, 86 Harv. L. Rev. 89 (1922-1923); Zechariah Chafee, Jr., *Some Problems of Equity*, 200 and 153-197 (University of Michigan Law School 1950); Comments, *Defendant Class Actions and Federal Civil Rights Litigation*, 33 UCLA L. Rev. 283, 286, (1985-1986); e, Manual for Complex Litigation, Fourth, §21, 243 (2004).

⁷ Sucintamente, no *bill of peace* uma corte de equidade poderia resolver uma controvérsia entre um indivíduo (chamado de adversário) e diversas pessoas (chamadas de multidão), quando houvesse questões de direito ou questões de fato, ou ambas, envolvendo cada um e todos eles, e não houvesse fundamento suficiente perante o *common law* para a formação de um litisconsórcio.

⁸ O Professor Chafee afirma: “Os casos mais antigos não faziam distinção entre classe de réus ou classe de autores”, Chafee, *Some Problems of Equity*, 203.

⁹ *Development in the law – Class Action*, 89 Harv. L. Rev. 1318, 1325 e nota 30 (1975-1976) (asseverando que as ações concernentes a direitos civis propostas por classe de autores são, de longe, o

A regra geral era de que o *Bill of Peace* deveria conter todos os envolvidos, a não ser que a justiça fosse mais bem aplicada por um sistema representativo, como manifestado por um doutrinador do século XIX:

“Todas as pessoas interessadas, em geral, devem ser partes na ação, a não ser que a justiça seja mais bem administrada confiando-se o interesse de um corpo numeroso para ser protegido por uns poucos, ou de interessados distantes por outros próximos”.¹⁰

Três circunstâncias distintas autorizavam o litígio representativo: a) quando pelo número de pessoas algumas poderiam agir em nome de todos¹¹; b) quando os

maior grupo de ações coletivas na justiça federal, com aproximadamente 50% do total de casos, de acordo com as estatísticas dos anos de 1973-1976) e, Comments, *Defendant Class Actions and Federal Civil Rights Litigation*, 33 UCLA L. Rev. 283, 283 nota 2, 284 (1985-1986) (apontando que as ações concernentes a direitos civis constituem-se do maior percentual de ações coletivas nos juízos federais, com percentuais de 38.6% em 1983, e 37.3% em 1984, contudo, argumentando em favor das ações coletivas passivas com maiores reivindicações de direitos civis legais e constitucionais). O percentual parece remanescer inalterado conforme a Tabela 2.2 abaixo, disponível no *site*: <http://www.uscourts.gov/judicialfactsfigures/table2.02.pdf> (visitado em 11 de abril de 2006).

Table 2.2 (Continued)
U.S. District Courts. Civil Cases Filed by Nature of Suit
(Highlighted areas cover data previously provided in separate tables)

Nature of Suit	Fiscal Year							
	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
ACTIONS UNDER STATUTES, TOTAL	167,414	158,459	159,185	162,583	166,792	168,010	169,253	191,017
Antitrust	598	580	645	858	723	826	762	752
Bankruptcy, Total	4,139	3,833	3,725	3,361	2,950	4,100	3,305	4,145
Appeal (28 USC 158)	3,475	3,313	2,956	2,785	2,519	2,636	2,658	2,822
Withdrawal (28 USC 157)	664	520	769	576	431	1,464	647	1,323
Banks and Banking	280	236	220	205	214	251	223	366
Civil Rights, Total (4)	43,278	42,354	41,304	40,908	40,910	40,420	40,516	40,239
Voting	141	108	102	167	195	234	147	173
Employment	23,796	23,735	22,490	21,032	21,157	20,955	20,507	19,746
Accommodations	854	838	1,136	1,284	1,249	1,313	1,315	1,222
Welfare	91	66	63	80	61	71	65	61
Other Civil Rights	18,396	17,607	17,513	18,345	18,248	17,847	18,482	19,037

¹⁰ Cf. Basil Montagu, *A Digest of Pleading in Equity*, 47, vol. I (J. & T. Clarke 1824).

¹¹ *Id.*, 57-63.

interessados estivessem distantes¹²; e, c) quando interessados necessários não pudessem ser trazidos a juízo.¹³

De acordo com Basil Montagu, o primeiro grupo englobava casos como o de *Martin v. Parishioners of Nuthampstead*, ações concernentes a comunheiros e direitos a dízimos:

“Uma ação pode ser instituída pelo senhor da terra contra alguns dos arrendatários, ou por alguns arrendatários contra o senhorio sobre uma questão comum”.¹⁴

Pertenciam à esta categoria ainda litígios envolvendo terras-tenentes¹⁵; amplos comitês¹⁶; companhias de navios¹⁷; credores, legatários e *trustees*¹⁸; e, grandes entidades com natureza de associações.

Em *Adair v. New River Company*, um caso envolvendo uma grande associação, apresentando-se como demandados a *New River Company* e mais de cem outras pessoas, ficou estabelecido que:

“A regra geral, requerendo que todas as pessoas interessadas sejam partes, é dispensável quando for impraticável, ou, extremamente difícil. Neste caso, para se

¹² *Id.*, 63-5.

¹³ *Id.*, 65-6.

¹⁴ Cf. Montagu, *Pleading in Equity*, v. I, 57-8, citando *York v. Pilkington*, 1737, 1 Atk. 283 (jurisprudência citada em Basil Montagu, *A Digest of Pleading in Equity*, vol. II, 164 nota EN, (J. & T. Clarke 1824).

¹⁵ Ver, *Attorney-General v Heelis*, 2 Simons and Stuart 67, 57 E.R. 270 (1824).

¹⁶ “Uma ação pode ser processada em face de um comitê que tenha contratado em nome de uma sociedade” Montagu, *Pleading in Equity*, v. I, 60, citando *Cousins v Smith*, 13 Ves. 544 (1807) (jurisprudência citada em Montagu, *Pleading in Equity*, v. II, 170 nota EX).

¹⁷ Em *Good v Blewitt*, o Juiz-assistente (*Master of the Rolls*), Sir W. Grant, decidiu que: “*Bill* por um dos Comandantes ou da tripulação de um Návio de Guerra contra os seus proprietários por uma conta de capturas, de acordo com o articulado. Permissão concedida para emenda no sentido de que o *Bill* era em nome do autor e de todos os demais, e de acordo com a emenda a conta foi concedida” (13 Vesey Junior 397, 33 E.R. 343, 1807).

¹⁸ Ver, *Leigh v Thomas* 2 Vesey Senior 312, 28 E.R. 201 (1751).

obter uma decisão sobre o direito de processar um moinho, por exemplo, a Corte requer apenas partes suficientes para garantir uma contenda justa;(...)”.¹⁹

Semelhantemente, em *Cockburn v. Thompson*, um caso de procedimento coletivo bilateral, a ação foi proposta por diversas pessoas, em nome delas próprias e de todos os demais partícipes de uma instituição filantrópica, em face de Thompson e outros banqueiros, tendo o Lorde Chanceler Eldon decidido:

“A regra estrita de que todas as pessoas, materialmente interessadas, devem ser partes, é dispensável quando for impraticável ou muito inconveniente: como no caso de uma reclamação em conjunto de uma reunião muito numerosa; efetivamente uma sociedade.(...)”²⁰

O segundo grupo de casos, onde os interessados estão distantes, são relativos a expectativa de direitos patrimoniais e legados²¹, e arrendatários e credores hipotecários.²²

O terceiro e último conjunto da classificação, diz respeito a demandas onde os interessados necessários não podem ser trazidos a juízo, especialmente quando alguns encontram-se fora da jurisdição da corte.²³

Outros doutrinadores enfatizam diferentes tópicos para enumerar os antigos procedimentos coletivos ingleses, entretanto, sem diferir em substância da sistematização apresentada.

¹⁹ 11 Vesey Junior 429, 32 E.R. 1153 (1805).

²⁰ 16 Vesey Junior 321, 33 E.R. 1005 (1809).

²¹ “Quando uma propriedade imobiliária é sujeita a uma restrição hereditária, ou uma limitação contingente ou um expediente executivo, é geralmente suficiente fazer que a primeira pessoa *in esse*, para a qual uma propriedade hereditária é conferida, uma parte, com prévios interesses requeridos”, Montagu, *Pleading in Equity*, v. I, 63-4.

²² “Pessoas que requerem por uma parte a posse de cujo título uma propriedade imobiliária é disputada, não são litisconsortes necessários, a não ser que seus direitos possam ser prejudicados pela ação”, Montagu, *Pleading in Equity*, 64, v. I.

²³ Ver, *Att. Gen. v. Baliol College*, in Chancery, Dec. 11th, 1744, *apud*, Montagu, *Pleading in Equity*, v. I, 65 nota (e).

Assim, por exemplo, James W. Moore aponta:

“No início, a ação coletiva era reconhecida como adequada, em três situações: (1) onde o número de pessoas interessadas fosse tão grande que o litisconsórcio seria impraticável; (2) se um litisconsórcio fosse instaurado, a continuada suspensão da ação por morte ou outro motivo semelhante, impedisse uma decisão; e, (3) onde o efetivo litisconsórcio de certas pessoas fosse impossível porque elas não se encontravam sujeitas à jurisdição da corte”.²⁴

Zechariah Chafee, Jr. sintetiza as hipóteses de cabimento da ação coletiva: a) por representação em virtude de regra legal; b) onde houvesse amplo e indefinido número de pessoas; e, c) quando a pretensão fosse movida por ou em face de pessoas definidas, mas em número muito grande. O autor reputava esta situação como a mais próxima das ações coletivas modernas.²⁵

E, por seu turno, Joseph Story propõe:

“Os casos mais usuais, combinados entre si, tem como cabeça de exceções: (1) onde a questão é uma comum ou de interesse geral, e um ou mais processam, ou defendem, em benefício de todos; (2) onde as partes formam uma associação voluntária, para fins públicos ou privados, e aqueles que processam ou defendem, podem ser presumidos, razoavelmente, como representantes dos direitos e interesses de todos; (3) onde as partes são tão numerosas, e ainda que tenham ou possam ter interesses distintos, mas, mesmo assim é impraticável trazê-las a juízo”.²⁶

2.2 - O Direito e a Jurisprudência dos Estados Unidos da América

2.2.1. - A *Federal Equity Rule 48* (1842)

²⁴ Cf. 5 *Moore's Federal Practice*, §23 App. 100-20 (Matthew Bender, 3rd Ed.).

²⁵ Cf. Chafee, *Some Problems of Equity*, 209-13.

²⁶ *Commentaries on Equity Pleadings*, §97, 109 (Gaunt Inc, 2001).

Seguindo o modelo inglês do *Bill of Peace*, que permitia uma ação representativa em exceção à regra do litisconsórcio necessário de todos os legitimados para a causa, os Estados Unidos adotaram norma legal com conteúdo semelhante.

Nessa época, era normal haver representantes de grupos de litigantes, tanto no pólo ativo, quanto no pólo passivo, de modo que um dispositivo apenas, a *Federal Equity Rule 48* de 1842, previa ações coletivas *ativas e passivas*.²⁷

A *Equity Rule 48* descrevia o litígio coletivo em um parágrafo com duas sentenças.

A primeira prescrevia, de uma maneira bastante concisa e direta que, quando os legitimados em qualquer dos lados da ação (portanto, expressamente adotando ações representativas de autores e de réus) fossem tão numerosos que não pudessem todos eles ingressar diretamente na ação sem manifesto inconveniente ou injustificável retardamento do processo, o juiz poderia, segundo um critério discricionário, determinar que o feito prosseguisse com representantes suficientes dos interesses dos demandantes ou demandados.

Todavia, a segunda sentença era incompatível com o procedimento agregativo, porque previa: “Mas, em tais casos, a decisão não prejudicará direitos ou pretensões das partes ausentes”.

Não fazia sentido que a lei autorizasse que um representante promovesse a persecução em juízo de um direito ou oferecesse defesa contra uma pretensão, em nome de toda uma coletividade com interesses comuns e, ao mesmo tempo, os efeitos da decisão não alcançassem os representados.

Do resultado incongruente depreendia-se que apenas os representantes, agindo em juízo, estariam sujeitos à decisão proferida. Enquanto isso, os outros membros da classe estariam autorizados a, indefinidamente, processar e defender seus interesses em outras ações.

²⁷ **Equity Rule 48 (1842):** “Quando qualquer das partes for muito numerosa, e não possa, sem manifesta inconveniência e sufocante demora para a ação, trazer a juízo todas as partes, poderá a corte discricionariamente dispensar o ingresso de todos, havendo sujeitos suficientes para representar corretamente todos os diversos interesses dos autores ou dos réus na ação. Mas, em tais casos, a sentença não prejudicará os direitos e pretensões dos ausentes”.

Em cada nova demanda, o cumprimento da decisão somente seria exigível dos representantes da classe, e uma vez mais, permitir-se-ia que uma nova ação coletiva fosse proposta por diferentes sujeitos, que passariam a atuar como representantes da classe.

Entretanto, interpretação literal do preceito legal não foi adotada pela Suprema Corte.

Em decisão datada de 1853, proferida na ação que é considerada como a primeira demanda coletiva na jurisprudência norte-americana, o caso *Smith v. Swormstedt*, o Ministro-Relator Nelson pontificou:

“Uma objeção foi apresentada, sob o argumento de que o *bill* carecia de partes adequadas para prosseguimento da ação. Entendemos que a objeção não é fundada. (...) Por conveniência, portanto, e para evitar a falha da justice, uma corte de equidade permite que porção dos legitimados represente todo o corpo, e *a decisão vincula todos eles como se todos estivessem presentes em juízo*”.
(destaques nossos)²⁸

De tal sorte, o princípio inerente às ações coletivas, autorizando que alguns representem uma multidão de pessoas que possuem interesses comuns, e cuja decisão produz efeitos sobre todos, foi preservada pela Suprema Corte ao interpretar a *Equity Rule 48*.

2.2.2 -A *Federal Equity Rule 38* (1912)

A regra das ações representativas, com classes de réus ou de autores, encontrava-se devidamente incorporada na legislação norte-americana, e conseqüentemente, foi prevista na nova *Federal Equity Rule 38*.

A sucessora da *Equity Rule 48*, de 1842, a *Equity Rule 38*, de 1912, revogou o preceito concernente aos efeitos não vinculantes da decisão e estabeleceu dois requisitos para o processo coletivo: uma questão geral ou comum e a impraticabilidade de todos os

²⁸ 57 U.S. 288, 302 (1853).

membros da classe serem trazidos pessoalmente a juízo, como se verifica de sua redação abaixo transcrita:

“Equity Rule 38. Quando a questão é uma de interesse comum ou geral a muitas pessoas constituindo uma classe tão numerosa que torna impraticável trazer todas perante a corte, um ou mais poderão processar ou defender em nome de todas”.

A *Federal Equity Rule* foi incorporada aos códigos de processo de diversos Estados-federados. Alguns deles utilizaram a mesma linguagem, exigindo a presença de ambos os requisitos para a ação coletiva.²⁹

Outros empregaram a disjuntiva *ou*, admitindo a ação coletiva em equidade, tanto se a classe fosse numerosa, quanto se possuísse interesse comum.³⁰ De qualquer forma, até nesses últimos casos, alguns juízes interpretavam a norma como requerendo o preenchimento dos dois requisitos para permitir o processo coletivo.³¹

Sob tal preceito legal, a Suprema Corte reafirmou a doutrina estabelecida em *Smith v. Swormstedt*, criando o *leading case* para o século XX relativo aos efeitos vinculantes sobre os representados no processo coletivo.

O Ministro Day foi enfático, ao relatar a decisão da Corte em *Supreme Tribe of Ben-Hur v. Cauble*, asseverando que:

“Se os juízos federais devem ter jurisdição sobre ações coletivas, o que obviamente possuem, a decisão proferida deve vincular toda a classe devidamente representada. As partes e o objeto da ação estão dentro da jurisdição do órgão judicial. É impossível nomear toda a classe como parte, onde, como aqui, os seus

²⁹ Por exemplo, adotaram este modelo os estados do Colorado, Florida, Delaware e Connecticut, cf. Carl C. Wheaton, *Representative Suits Involving Numerous Litigants*, 19 Cornell L. Q. 399, 400 (1933-1934). Ver, ainda, Charles A. Wright, Arthur R. Miller, and, Mary Kay Kane, *Federal Practice and Procedure: Civil*, 3ed., §1751, 14-15, (Thomson-West 2005), vol. 7A (doravante denominado de Wright-Miller-Kane, *Federal Practice*); e, discutindo os requisitos para ações representativas e seus efeitos sobre os representados, William W. Blume, *The “Common Questions” Principle in the Code Provision for Representative Suits*, 30 Mich. L. Rev. 878 (1931-1932); Chester B. McLaughlin, *The Mysteries of the Representative Suit*, 26 Geo. L. J. 878 (1937-1938).

³⁰ Por exemplo: California, New York, Ohio e Washington, cf. Wheaton, 19 Cornell L. Q. 399.

³¹ Ver, Wright-Miller-Kane, *Federal Practice*, 15.

membros são muito numerosos para serem trazidos a juízo. O objeto da ação incluía o controle e a disposição de fundos de uma organização benemérita, e era apropriadamente conhecível por um juízo de equidade. As partes que propuseram a ação representam realmente o interesse da classe. Se a decisão deve ter eficácia, e julgamentos conflitantes devem ser evitados, toda a classe deve ser alcançada pela decisão”.³²

Em casos anteriores, a Suprema Corte já havia decidido que todos os membros de uma apólice de seguro ou um esquema de benefícios fraternos deveriam se sujeitar aos efeitos da sentença coletiva³³, casos esses que são considerados como os precedentes das chamadas “ações coletivas de fundos limitados”, como citado em *In re Joint Eastern & Southern District Asbestos Litigation*, 129 B.R. 710 (1991).³⁴

A despeito da jurisprudência formada, remanesce como um dos mais intrincados temas do processo coletivo a representação adequada da classe e o respectivo efeito da *res iudicata*, o qual parece não estar ainda totalmente pacificado pela Suprema Corte dos Estados Unidos.³⁵

2.2.3 - As *Federal Rules of Civil Procedure* (1938) – Art. 23

³² 255 U.S. 356, 367 (1921).

³³ *Supreme Council of the Royal Arcanum v. Green* 237 U.S. 531 (1915); *Hartford Life Insurance Company v. Ibs*, 237 U.S. 662 (1915); *Hartford Life Insurance Company v. Barber*, 245 U.S. 146 (1917).

³⁴ “Em 1912, o Art. 48 das *Federal Equity Rules* foi reescrito como Art. 38. A nova regra permitiu ações representativas quando as partes fossem muito numerosas para formação de um litisconsórcio. Em contraste com a regra anterior, os sujeitos ausentes poderiam estar obrigados pelo julgamento de acordo com tal norma. Um dos melhores exemplos de uma ação de fundos restritos desta época é *Hartford Life Ins. Co. v. Ibs*, 237 U.S. 632, 59 L. Ed. 1165, 35 S. Ct. 692 (1915). O caso envolvia um fundo de contingência de um segurado criado a partir de contribuições de titulares de apólices. A Suprema Corte decidiu que a apólice era considerada como uma unidade e a concessão de direitos sobre ela deveria ser determinada em uma única ação na qual todos os titulares de apólices deveriam estar reunidos. (...) Ver, ainda, *Sovereign Camp of the Woodmen of the World v. Bolin*, 305 U.S. 66, 78-79, 83 L. Ed. 45, 59 S. Ct. 35 (1938) (disputa de um grupo sobre a reorganização de uma associação benemérita fraternal, exigindo a reunião compulsória dos interessados)”, *In re Joint Eastern & Southern District Asbestos Litigation* 129 B.R. 710, 804 (1991). Ver, ainda, Alba Conte e Herbert Newberg, *Newberg on Class Action*, §1:9, 31-2 (Thomson-West 2002) Vol. 1.

³⁵ Ver, Chafee, *Some problems of equity*, 230; Wright-Miller-Kane, *Federal Practice*, §1751, 17.

Em 16 de setembro de 1938, entraram em vigor as *Federal Rules of Civil Procedure*³⁶, produzindo uma ampla alteração do direito, extinguindo o fundamento de equidade das ações coletivas, uma vez que a lei federal fundiu os procedimentos com base no direito (*at law*) e na equidade (*in equity*), estabelecendo uma única forma de ação civil, em seu art. 2º.³⁷

As *Federal Rules of Civil Procedure* são consideradas como o código de processo aplicável à jurisdição federal norte-americana.

Além disso, o diploma legal é utilizado pelas justiças estaduais como fundamento jurídico na solução de litígios, e, em diversas hipóteses, como parâmetro para elaboração das leis processuais dos Estados-federados.

As *Advisory Committee Notes* (Comentários do Comitê Consultivo) de 1937 ao art. 23 original, asseveravam que a nova regra era “uma substancial reformulação da *Equity Rule 38* (Representantes da Classe), da forma como a norma foi interpretada. Ela se aplica a todas as ações, quer anteriormente fossem denominadas de legal ou de equidade”.³⁸

Consoante a tradição legal, o art. 23 estabelecia que pessoas constituindo uma classe, autores ou réus ou ambos, sendo tão numerosa que tornasse impraticável trazê-las todas a juízo, um ou mais interessados poderiam representar todos. Em relação à representação, a regra acentuava que os legitimados conduzindo a ação deveriam assegurar razoavelmente a representação adequada dos legitimados ausentes.³⁹

³⁶ Cf. *Federal Rules of Civil Procedure*, 6 (Thomson-West 2005).

³⁷ **Art. 2º. Uma Forma de Ação.** Haverá uma forma de ação a ser conhecida como “ação civil”.

³⁸ Obviamente que já fazia parte da História do Direito, os procedimentos rígidos dos antigos *writs* da *common law*, onde uma situação *de facto* deveria, exatamente, reproduzir um *writ*, caso contrário a ação não poderia prosseguir. Procedimento semelhante encontra-se nas cinco *legis actiones* do Direito Romano clássico.

³⁹ **Art. 23. Ações Coletivas.**“(a) REPRESENTAÇÃO. Se pessoas constituindo uma classe forem tão numerosas de modo a tornar impraticável trazê-las todas a juízo, algumas delas poderão, na medida em que razoavelmente garantam a representação adequada de todas, demandar ou serem demandadas, em nome de todas, quando o caráter do direito fundamento da ação proposta por ou em face da classe for (1) conjunto, ou comum, ou secundário no sentido de que o titular de um direito primário se recusa a fazer cumpri-lo, e deste modo um membro da classe passa a ter o poder de fazê-lo cumprir; (2) isolado, e o objeto da ação é a decisão de pedidos, a qual afetará, ou poderá afetar, certa propriedade específica envolvida na ação; ou (3) isolado, e há uma questão de direito ou de fato comum afetando direitos isolados e uma solução comum é requerida”.

Em acréscimo, o art. 23 estipulava uma classificação das ações coletivas, considerando o caráter do direito a ser perseguido ou defendido pela classe. Assim, três diferentes tipos de ações coletivas existiam nos números (1), (2) e (3) do art. 23(a), e passaram a ser conhecidas, respectivamente, como “verdadeira”, “híbrida”, e “espúria”.

Os nomes e as características usados para classificar as ações coletivas são atribuídos ao Professor James Moore, razão pela qual pedimos licença para reproduzir trecho de sua doutrina:

“Segundo a versão original do art. 23(a) havia três tipos de ações coletivas, todas elas envolvendo uma classe de pessoas a qual era tão numerosa que fazia ser impraticável trazer todos os seus membros perante a justiça, de modo que uma ação em nome da classe, ou contra ela, pudesse ser proposta, por ou em face de, um ou mais membros da classe, que garantiria a representação adequada da classe. A diferença entre os tipos de ações coletivas segundo o original art. 23(a) era dependente de uma relação jurídica entre os membros da classe e relativa ao direito objeto da ação. A subdivisão (a)(1) do original art. 23 lidava com a ação coletiva *verdadeira* a qual envolvia uma classe na qual o direito fundamento da ação proposta por ou em face da classe era “conjunto, ou comum, ou secundário no sentido de que o titular de um direito primário se recusa a fazer cumpri-lo, e deste modo um membro da classe passa a ter o poder de fazê-lo cumprir”. Esta ação coletiva envolvia princípios do litisconsórcio necessário, uma vez que não fosse pela numerosidade dos membros da classe, todos deveriam estar presente em juízo. O julgamento numa ação coletiva verdadeira, quer favorável ou desfavorável à classe, eram vinculantes a todos os membros da classe, segundo os princípios da *res iudicata*, independente de estarem todos perante o juízo. Era a natureza indivisível do direito fundamento da ação que determinava tanto os membros da classe, quanto a eficácia da *res iudicata* da decisão final sobre o direito. A subdivisão (a)(2) do original art. 23 lidava com a ação coletiva *híbrida*, a qual envolvia situações onde o direitos fundamentos da ação proposta por ou em face da classe eram isolados, e o objeto da ação era a decisão de pedidos afetando um propriedade específica. Um julgamento sob (a)(2) eram vinculantes a todos os membros da classe, segundo os princípios da *res iudicata*, mas somente com

relação aos pedidos envolvendo a propriedade específica a qual era o objeto da ação a ser resolvida. A subdivisão (a)(3) do original art. 23 lidava com a ação coletiva *espúria*, onde o caráter do direito fundamento da ação proposta por ou em face da classe era isolado, e havia uma questão de direito ou de fato comum afetando direitos isolados e uma solução comum era requerida. A ação coletiva espúria era um instrumento para o litisconsórcio simples. Uma vez que uma ação coletiva espúria era proposta, com uma classe de número suficiente, por representantes da classe que poderiam representar adequadamente os interesses da classe, outros membros da classe eram livres para se apresentar e ingressar na ação. Se eles assim não o fizessem, eles não eram sujeitos ao resultado da ação, quer favorável ou desfavorável, segundo os princípios da *res iudicata*. A ação coletiva espúria assim fornecia um meio para julgamento em uma ação, de várias pretensões separadas que envolviam questões de direito ou de fato comuns e onde uma solução comum era requerida”. (destaques nossos).⁴⁰

A princípio, a norma foi considerada muito boa como um esforço para melhorar o uso das ações coletivas⁴¹, contudo, a prática evidenciou o contrário.

Os tribunais se defrontaram com insuperáveis dificuldades para distinguir as categorias dos direitos que fundamentavam as ações, às quais eram atribuídos os adjetivos de “conjunto”, “isolado” e “comum”. Além disso, era muito intrincado conformar os casos concretos aos tipos de ações previstas no art. 23.⁴²

⁴⁰ Cf. 5 *Moore's Federal Practice*, §23 App. 101. Para uma análise mais profunda da doutrina do Professor Moore, ver, James Wm Moore, *Federal Rules of Civil Procedure: Some Problems Raised by the Preliminary Draft* 25 *Geo L. J.* 551, 571-576 (1936-1937); Marcus Cohn e James Moore, *Federal Class Actions*, 32 *Ill. L. Rev.* 307, 314-320 (1937-1938); Marcus Cohn e James Moore, *Federal Class Actions - Jurisdiction and Effect of Judgment*, 32 *Ill. L. Rev.* 550 (1937-1938). Ver, ainda, Hiram L. Lesar, *Class Suits and the Federal Rules*, 22 *Minn. L. Rev.* 34, 40-56 (1937-1938).

⁴¹ “O art. 23 das ações coletivas é simples e inteligível, o que é mais do que se pode afirmar de qualquer norma jurídica que eu conheça, promulgada por lei ou decorrente de decisão judicial”, Edson R. Sunderland, *The New Federal Rules*, 45 *W. Va. L. Q.* 5, 16 (1938-1939). Ver, ainda, William VanDercreek, *The “Is” and “Ought” of Class Action under Federal Rule 23*, 48 *Iowa L. Rev.* 273 (1962-1963).

⁴² Extensa crítica foi feita pelo *Advisory Committee Note* de 1966 à Revisão do Art. 23: “Dificuldades com a regra original. Na regra original, as categorias das ações coletivas eram definidas em termos da natureza abstrata dos direitos envolvidos: a chamada categoria “verdadeira” era definida como envolvendo “um direito conjunto, comum ou secundário”; a categoria “espúria”, como envolvendo direitos “isolados” afetados por uma questão comum e concernente à uma solução comum. Pensava-se

Comentadores mais antigos do preceito legal, afirmaram que: “O art. 23 não é uma regra em absoluto; no máximo é um comentário da lei de alguma maneira comparável com os volumes do *American Law Institute*, ou melhor, uma admoestação nele”.⁴³

que as definições descreviam, de forma acurada, as situações pertinentes ao mecanismo das ações coletivas, e ainda indicaria a extensão própria do julgamento em cada categoria, que em decorrência ajudaria a determinar a eficácia da *res judicata*, se questionada em uma ação posterior. Assim os julgamentos nas ações coletivas “verdadeira” e “híbrida” alcançariam toda a classe (mesmo que, em certa medida, de formas diferentes); o julgamento em uma ação coletiva “espúria” alcançaria somente as partes e os intervenientes. (...) Na prática os termos “conjunto”, “comum” etc., que eram utilizados como fundamentos da classificação do art. 23 provaram ser obscuros e incertos. (...) Os tribunais têm dificuldades consideráveis com esses termos. (...) Tampouco o artigo fornece um guia adequado para a extensão apropriada dos julgamentos nas ações coletivas. Primeiro, encontramos instâncias judiciárias classificando ações como “verdadeiras”, ou sugerindo que os julgamentos seriam decisivos para a classe onde estes resultados pareçam ser apropriados, mas foram obtidos ao se retirar um sentido coerente à palavra “isolado”. (...) Segundo, encontramos casos classificados pelos juízos como “espúrios” nos quais, dentro de uma visão realista, parecem enquadrar-se em julgamentos que devem alcançar toda a classe. (...) A ação “espúria” era considerada pelo original art. 23 como uma anomalia porque, em que pese ser denominada como uma ação “coletiva” e processada como tal, não deveria conferir direitos ou impor responsabilidades a qualquer pessoa que não fosse parte. Acreditava-se ser uma vantagem da categoria “espúria” que ela propiciasse decisões a um membro da “classe” permitindo-lhe, semelhante a um membro da classe numa ação “verdadeira” ou “híbrida”, intervir incidentalmente, sem precisar demonstrar um fundamento independente para a Jurisdição federal, e ter o benefício da data de início da ação para fins de prescrição. (...) Esses resultados foram obtidos em algumas instâncias, mas não em outras. (...) Os resultados, entretanto, dificilmente podem ser atribuídos ao mero surgimento da categoria “espúria” do artigo; eles deveriam ter surgido por motivos mais simples. (...) Finalmente, a regra original não se endereçava exatamente à questão das medidas que poderiam ser adotadas durante o trâmite da ação para assegurar um procedimento equânime, particularmente, notificando os membros da classe, os quais poderiam ser, em troca, alcançados pela decisão proferida para a classe, em certos casos”.

⁴³ Cf. Harry Kalven, Jr. e Maurice Rosenfield, *The Contemporary Function of the Class Suit*, 8 U. Chi. L. Rev. 684, 706 (1940-1941). O Professor Chafee afirma: “O tributo à memória de Wesley Hohfeld teria sido mais adequado num periódico jurídico do que numa norma que deve guiar diariamente as ações dos homens”, *Some problems of equity*, 246. Ver, ainda, Wright-Miller-Kane, *Federal Practice*, §1752; Conte-Newberg, *Newberg on Class Action*, §1:10, 33; Benjamin Kaplan, *Continuing Work of the Civil Committee: 1966 Amendments of the Federal Rules of Civil Procedure (I)*, 81 Harv. L. Rev. 356, 380-6 (1967-1968); Richard L. Marcus & Edward F. Sherman, *Complex Litigation*, 210 (West Group 1998); Notes, *Federal Class Actions: a Suggested Revision of Rule 23*, 46 Colum. L. Rev. 802, 818-836 (1946); Irving A. Gordon, *The Common Question Class Suit Under the Federal Rules and in Illinois* 42 Ill L Rev 518, 518-533 (1947-1948); Arthur J. Keeffe, Stanley M. Levy and Richard P. Donovan, *Lee Defeats Ben Hur* 33 Corn LQ 327(1947-1948); Note, *Binding Effects of Class Actions*, 67 Harv. L. Rev. 1015, 1059-1067 (1953-1954); *Developments in the Law – Multiparty Litigation in the Federal Courts*, 71 Harv. L. Rev. 874, 928-943 (1957); Jack B. Weinstein, *Revision of Procedure: Some Problems in Class Actions*, 9 Buffalo L. Rev. 433 (1959-1960); Joseph J. Simeone, *Procedural Problems of Class Suits* 60 Mich L Rev 905 (1961-1962).

Um ponto a ser notado é que a ação coletiva “espúria” adotava um sistema de *opting-in*, i.e., para ser alcançado pela eficácia da decisão, quer favorável ou desfavorável, o membro da classe deveria se apresentar e ingressar no feito.⁴⁴

O art. 23 em vigor atualmente prevê duas ações coletivas compulsórias nas subdivisão (b)(1) e subdivisão (b)(2), e um preceito para *opting-out* na subdivisão (b)(3), consoante a regra da subdivisão (c)(2).^{45 46}

3 - As Características da Ação Coletiva Passiva

3.1 - Introdução

O uso da ação coletiva passiva é amplo, e não há qualquer restrição legal para o seu emprego em todos os campos do direito.

Contudo, a sua utilização é mais freqüente em ações envolvendo direitos civis, demandas questionando a constitucionalidade de leis locais e estaduais e práticas desenvolvidas por funcionários públicos, ou, ações contra entidades não personalizadas. Não obstante, classes de réus têm sido certificadas em outros contextos, como violações de patentes, antitruste, valores mobiliários e meio ambiente.⁴⁷

⁴⁴ Ver, ainda, Chafee, *Some problems of equity*, 259 et seq; Kaplan, 81 Harv. L. Rev. 356, 396-8. Mas, compare, Wright-Miller-Kane, *Federal Practice*, §1752, 30-42; Kalven e Rosenfield, 8 U. Chi. L. Rev. 684, 711 (advogando uma eficácia *secundum eventum litis*, para permitir que autores ausentes ingressem na ação, quando a decisão for favorável, e não sejam afetados, quando o julgamento for desfavorável).

⁴⁵ **Art. 23(c)(2)**. “Em qualquer ação coletiva mantida sob a subdivisão (b)(3), o juízo deverá dirigir aos membros da classe a melhor intimação possível dentro das circunstâncias, incluindo intimações pessoais para todos os membros que puderem ser identificados mediante um empenho razoável. A intimação deverá informar cada membro que (A) o juízo excluirá da ação aqueles membros que expressamente assim o requererem até uma data específica; (B) a decisão, tanto favorável, quanto desfavorável, alcançará todos os membros que não tiverem requerido sua exclusão; e (C) qualquer membro que não requerer sua exclusão poderá, se assim o desejar, intervir no processo por meio de advogado”.

⁴⁶ Ver, Martin H. Redish, *Class Action and the Democratic Difficulty: Rethinking the Intersection of Private Litigation and Public Goals*, 2003 U. Chi. Legal F. 71, 130-2 (2003) (defendendo a substituição da regra do *opt-out* por um mecanismo de *opt-in*).

⁴⁷ Ver, a doutrina e a jurisprudência citadas: Conte-Newberg, *Newberg on class action*, §4:51, 352 nota 1, 353 notas 2-5, 354 notas 6-9, 355 notas 10-1; Notes, *Defendant Class Actions*, 91 Harv. L. Rev. 630, 632 notas 11-5 (1977-1978); Barry M. Wolfson, *Defendant Class Actions*, 38 Ohio St. L. J. 459, 459 nota 4 (1977); Note, *Development in the law – Class Action*, 89 Harv. L. Rev. 1318, 1325 e nota 30; Comments, *Defendant Class Actions and Federal Civil Rights Litigation*, 33 UCLA L. Rev. 283, 283 nota 2, 284; Debra J. Gross, *Mandatory Notice and Defendant Class Actions: Resolving the Paradox of Identity*

Os diversos princípios ou objetivos das ações coletivas que se aplicam, tanto a classes de autores, quanto de réus, podem ser destacados como: (i) acesso à justiça; (ii) modificação ou dissuasão de comportamentos; (iii) isonomia entre as partes litigantes; (iv) economia de recursos processuais e judiciais; e, (v) impedimento de decisões conflitantes.

Sem observar para o ponto de vista dos réus, um doutrinador enumerou cinco vantagens que os autores podem obter com as ações coletivas passivas: demandar pretensões de valores muito baixos (objetivos de acesso à justiça e isonomia processual das partes); evitar a prescrição em favor de toda a classe (objetivo de economia de recursos); fazer incidir a eficácia preclusiva da coisa julgada (objetivo de economia de recursos); atalhar decisões incompatíveis (objetivo de impedir decisões incompatíveis), superar problemas de jurisdição pessoal e competência (objetivo de acesso à justiça).⁴⁸

É importante destacar que as vantagens das ações coletivas passivas não são aplicáveis apenas aos demandantes. Trata-se de um instrumento que é funcional, operacional, favorecendo, indistintamente, autores e réus.

Como consequência, o incremento no cumprimento da lei, em virtude da utilização de processos coletivos, pode ser reduzido ou extinto, na medida em que for possível que membros da classe (quer demandantes ou demandados) possam se retirar da ação. E isto acontece com o mecanismo de *opt-out* para as classes certificadas com base no art. 23(b)(3).

Em que pese ter as *Federal Rules of Civil Procedure* disciplinado em um único dispositivo, o art. 23, o procedimento das ações coletivas passivas e das ativas, elas não podem ser tratadas de maneira idêntica, como se fossem a imagem no espelho uma da outra.⁴⁹ Há peculiaridades de cada ângulo da relação processual que diferenciam essas ações.

Between Plaintiffs and Defendants, 40 Emory L. J. 611, 616 n. 18 (1991); A. Peter Parsons e Kenneth W. Starr, *Environmental Litigation and Defendant Class Actions: The Unrealized Viability of Rule 23*, 4 Ecology L. Q. 881, 882 n. 6 (1974-1975); Note, *Personal Jurisdiction and Rule 23 Defendant Class Action* 53 Ind. L. J. 841, 844 (1977-1978); Spencer Williams, *Some Defendants have Class: Reflections on the Gap Securities Litigation*, 89 F.R.D. 287, 2 (1981).

⁴⁸ Cf. Wolfson, 38 Ohio St. L. J. 459, 459-60.

⁴⁹ Ver, Conte-Newberg, *Newberg on class action*, §4:46, 336; Debra J. Gross, 40 Emory L. J. 611, 664.

Em sua versão atual, o art. 23 é muito mais elaborado que as normas anteriores relativas aos processos coletivos nos Estados Unidos.

Uma variedade de detalhes do procedimento da ação coletiva e seus efeitos foi estipulado no art. 23, em oito subdivisões (incluindo as relativas aos requisitos – 23(a) e aos tipos – 23(b) de ações coletivas).

A subdivisão 23(c) disciplina o momento e os elementos para a decisão de certificação da classe, a conveniência da intimação e seu conteúdo; e, os efeitos do julgamento; a subdivisão 23(d) concerne às ordens na condução dos processos; a subdivisão 23(e) é relativa à transação, à desistência, e ao compromisso; a subdivisão 23(f) lida com os recursos; a subdivisão 23(g) disciplina o advogado da classe, e, finalmente, a subdivisão 23(h) trata da concessão de honorários advocatícios.

Os preceitos que definem os requisitos para certificação e manutenção (desenvolvimento do processo) da ação coletiva estão estabelecidos nas subdivisões 23(a) e 23(b). Nos itens seguintes examinaremos, de forma concisa, as mencionadas normas sob o ângulo da ação coletiva passiva.

3.1.1 - Art. 23(a) – Pré-Requisitos da Ação Coletiva Passiva

A Emenda de 1966 ao art. 23, das *Federal Rules of Civil Procedures*, reescreveu completamente a norma, visando sobrepujar as maiores dificuldades que a jurisprudência e a doutrina identificaram na versão original de 1938.

As *Advisory Committee Notes* da revisão de 1966 ao art. 23 fizeram uma profunda crítica ao art. 23 de 1938, e apontaram que a norma emendada “descreve de uma maneira mais prática as hipóteses para a manutenção das ações coletivas”.

O art. 23(a) estabelece quatro pré-requisitos para qualquer ação coletiva, quer ativa ou passiva: numerosidade, questões comuns, tipicidade, e representação adequada.⁵⁰

⁵⁰ **Art. 23(a) Pré-requisitos da Ação Coletiva.** Um ou mais membros de uma classe poderá demandar ou ser demandado como representante da classe em nome de todos somente se (1) a classe for tão numerosa que o litisconsórcio de todos os membros for impraticável, (2) houver questões de direito ou de fato comuns à classe, (3) os pedidos e as defesas dos representantes da classe forem típicas dos pedidos ou defesas da classe, e (4) os representantes da classe protegerem razoável e adequadamente os interesses da classe.

Com relação ao primeiro requisito, o teste estipulado pela lei é o da impraticabilidade do litisconsórcio de todos os membros da classe em razão de seu grande número. Não há um número mínimo de pessoas acima do qual o procedimento da ação coletiva estaria autorizado, uma vez que impraticabilidade não significa impossibilidade de litisconsórcio.⁵¹ As circunstâncias de cada caso devem ser examinadas para se verificar se houve o preenchimento do requisito da numerosidade.⁵²

Em que pese ser o número dos supostos membros da classe o fator primordial para a sua certificação, no quesito da numerosidade, um autor apontou que o juiz deve considerar, para a impraticabilidade do litisconsórcio, outros elementos, tais como: (i) a economia judicial decorrente de se evitar múltiplas ações; (ii) a dispersão geográfica dos membros da classe; (iii) os recursos financeiros dos membros da classe; (iv) a habilidade dos demandantes de promoverem ações individuais (em ações “ativas”), e adicionamos, dos demandados de se defenderem individualmente; e, (v) a existência de pedidos mandamental ou prospectivo que possam vir a afetar futuros membros da classe.⁵³

A exigência desse requisito é aplicada de modo mais flexível em relação às ações coletivas passivas do que as ativas, sob a justificativa de atender à finalidade de economia de recursos judiciais.

Com efeito, é mais provável que legitimados ativos, em caso de ser negada a certificação da ação coletiva passiva (o que correspondente a uma sentença terminativa no direito brasileiro – art. 267, do Código de Processo Civil), venham a propor ações individuais em face de um ou alguns dos supostos legitimados passivos, do que ocorreria com uma ação coletiva ativa. Neste último caso, muito poucos legitimados

⁵¹ Uma classe passiva chegou a ser certificada com apenas treze membros (*Dale Electronics, Inc. v. R.C.L. Electronics, Inc.*, 53 F.R.D. 531, 534 – D.N.H. 1971), ou, somente vinte e seis réus (*Management Television System, Inc. v. National Football League*, 52 F.R.D. 162 – E.D. Pa. – 1971).

⁵² Ver, por exemplo, *Town of New Castle v. Yonkers Contracting*, 131 F.R.D. 38, 40 (S.D.N.Y. 1990). Ver, também, Notes, *Federal Rules of Civil Procedure 23: A Defendant Class Action with a Public Official as the Named Representative*, 9 Val. L. Rev. 357, 365 e nota 30, 366 e notas 31-3 (1974-1975); Comments, 33 UCLA L. Rev. 283, 298 n. 72; Notes, 91 Harv. L. Rev. 630, 633 nota 20.

⁵³ Cf. 5 *Moore's Federal Practice*, §23.22.

ingressariam com ações individuais, depois de ter sido negada a certificação da classe (ativa).⁵⁴

O segundo pré-requisito do art. 23(a) diz respeito às questões de direito ou questões de fato comuns à classe.

Embora a lei esteja redigida no plural – “questões” – a sua finalidade é obter eficiência por meio de uma decisão coletiva e proteger os interesses dos ausentes, ao resolver uma questão nuclear e relevante de direito ou de fato, mesmo que seja apenas uma.⁵⁵

Os tribunais não têm encontrado muita dificuldade em reconhecer o requisito da questão comum⁵⁶, e em verdade, tem-lhe dado um tratamento rasteiro, uma vez que ele é considerado superficial ou sobreposto por outros dispositivos do art. 23(a) e (b).⁵⁷

Deve se acrescentar o fato de que a Suprema Corte, no caso *General Tel. Co. of the Southwest v. Falcon*, decidiu que os requisitos da questão comum e da tipicidade tendem a se fundir, ocorrendo o mesmo até com o requisito da representação adequada.⁵⁸

As questões de direito ou de fato comuns de uma ação coletiva passiva podem surgir no contexto, por exemplo, de uma demanda contestando a constitucionalidade de

⁵⁴ Cf. Conte-Newberg, *Newberg on Class Actions*, §4:57, 370. Ver, também, Robert E. Holo, *Defendant Class Actions: The Failure of the Rule 23 and a Proposed Solution* 38 UCLA L. Rev. 228, 229 e notas 24-7, (1990-1991).

⁵⁵ *Baby Neal for & by Kanter v. Casey*, 43 F. 3d 48, 56 (3rd Cir. 1994); *Tecnograph Printed Circuits, Ltd. V. Method Electronics*, 285 F. Supp. 714, 719 (N.D. Ill. - 1968); *Appleton Electric Co. v. Advance-Utility Expressways*, 494 F. 2d. 126 (7th Cir. - 1974). Ver, ainda, 5 *Moore's Federal Practice*, §23.23; Robert H. Klonoff, *Class Action and other Multi-Party Litigation in a Nutshell*, 37 (West – 2004); Parsons e Starr, 4 Ecology L. Q. 881, 884-7.

⁵⁶ Ver, Holo, 38 UCLA L. Rev. 228, 230.

⁵⁷ Ver, Notes, 9 Val. L. Rev. 357, 369 nota 40; 5 *Moore's Federal Practice*, §23.23.

⁵⁸ “Os requisitos da [questão] comum e da tipicidade do Art. 23(a) *tendem a se fundir*. Ambos servem como orientação para determinar quando, segundo circunstâncias particulares, a manutenção de uma ação coletiva é econômica, e quando a pretensão do autor nomeado e as pretensões da classe são tão inter-relacionados que os interesses dos membros da classe serão protegidos razoável e adequadamente em suas ausências. *Esses requisitos*, portanto, também *tendem a se fundir com o requisito da representação adequada*, muito embora o último requisito também desperte preocupação sobre a competência do advogado da classe e sobre conflitos de interesses. No presente caso, não precisamos apreciar o argumento do peticionante no sentido de que há um conflito de interesses entre o demandado e a classe de requerentes rejeitados, porque a ampliação do “pool” de empregados mexicanos-americanos diminuirá a chances de promoção do demandado” (destaques nossos) *General Tel. Co. of the Southwest v. Falcon*, 457 U.S. 147, 157 (1982).

uma norma imposta por diversos agentes públicos. A constitucionalidade do preceito legal faz brotar idênticas defesas de toda a classe de agentes públicos.

A tipicidade é o terceiro pré-requisito da ação coletiva e, de acordo com a interpretação da Suprema Corte, propende a se unir com o da questão comum e o da representação adequada.

O teste ideal para verificar a presença deste requisito é realizado a partir da análise da defesa do pretense representante da classe e a inexistência de conflito de interesses com os membros da classe. Afora isso, as defesas de todos os membros da classe devem ter os mesmos fundamentos jurídicos.⁵⁹

Por outro lado, uma defesa é considerada atípica se somente puder ser utilizada pelo representante da classe. Logo, uma defesa é reconhecida como típica se protege os interesses dos indigitados membros da classe, nada obstante “a tipicidade não exigir que as defesas sejam idênticas ou perfeitamente de mesma extensão; é suficiente que sejam substancialmente semelhantes” (*Thillens, Inc. v. Community Currency Exchange Association of Illinois*, 97 F.R.D. 668, 678 - 1983).

Outro exame para a tipicidade é o da chamada teoria do “link jurídico”, nascida com o caso *La Mar v. H& B Novelty & Loan Co.*, postulando que se os demandados estão “juridicamente relacionados suscitando uma solução única e expedita da disputa”, o procedimento coletivo deve ser utilizado.⁶⁰

A decisão em *La Mar* negou a certificação de uma ação coletiva bilateral porque o representante dos autores possuía relação jurídica apenas com um dos réus, de sorte que ele não detinha causa para ação em face de todos os outros réus. Portanto, faltava tipicidade de pretensões.

Nesse caso, o Tribunal asseverou: “Em suma, há ausência de tipicidade quando a causa para a ação do autor é contra um réu, sem relação com a causa para a ação contra os réus que são os membros da classe”.⁶¹

⁵⁹ Ver, Conte-Newberg, *Newberg on Class Actions*, §4:59, 373-4; Klonoff, *Class Action in a Nutshell*, 43 (citado na nota 109); Notes, 9 Val. L. Rev. 357, 376; Comments, 33 UCLA L. Rev. 283, 303.

⁶⁰ 489 F.2d. 461, 466 (9th Cir. - 1975).

⁶¹ *La Mar v. H& B Novelty & Loan Co.*, 489 F.2d. 461, 465 (9th Cir. - 1975).

As exceções à decisão retratada, de acordo com o Tribunal que julgara *La Mar*, seriam aquelas “(...) em que todas as lesões são o resultado de uma conspiração ou um esquema concertado entre os demandados por cujas mãos a classe sofrera a lesão”.⁶² Além da existência da conspiração ou do esquema concertado, outra exceção a esse julgamento, como apontado, é a da presença do “link jurídico”.⁶³

Embora possa ser considerado que o teste do “link jurídico” imponha um parâmetro mais elevado de exigência para a tipicidade, ele é útil na definição do escopo da classe de demandados e para proteção dos membros ausentes, por meio da apresentação de defesas típicas de toda a classe.⁶⁴

O quarto pré-requisito para a certificação de qualquer ação coletiva é o de que “o representante da classe irá proteger razoável e adequadamente os interesses da classe”.

A representação adequada é o requisito mais complexo e revela o fundamento do processo coletivo, *e.g.*, uma ou mais pessoas litigando em nome de uma multidão.⁶⁵

De acordo, ele é consistente com a cláusula do devido processo legal, pela qual um indivíduo não pode sujeitar-se a um julgamento no qual ele não foi parte, ou, não tenha tido oportunidade de intervir.⁶⁶

No âmbito da ação coletiva ativa, a Suprema Corte estabeleceu que o devido processo legal é observado quando os interesses da classe são, devidamente, representados pelas partes nomeadas:

⁶² 489 F.2d. 461, 466 (9th Cir. - 1975). Para casos de aplicação da teoria do “link jurídico”, ver, *Monaco v. Stone*, 187 F.R.D. 50, 62 (D.C.NY. - 1999) (certificando a classe de réus); *Barker v. FSC Securities Corp.*, 133 F.R.D. 548, 553 (D.C. Ark. - 1989) (certificando a classe de réus); *Coleman v. McLaren*, 98 F.R.D. 638, 654 (N.D. Ill. - 1983) (certificando a classe de réus); *United States v. Trucking Employers, Inc.*, 75 F.R.D. 682, 690 (D.D.C. - 1977) (certificando a classe de réus); *Leer v. Washington Educ. Ass’n*, 172 F.R.D. 439, 447-9 (D. Wash. - 1997); *Mudd v. Busse*, 68 F.R.D. 522, 527-8 (N.D. Ind. - 1975) (negando certificação da classe de réus).

⁶³ Ver, em geral, Note, *The Juridical Links Exception to the Typicality Requirement in Multiple Defendant Class Actions: The Relationship between Standing and Typicality*, 58 B.U. L. Rev. 492 (1978).

⁶⁴ Cf. Comments, 33 U.C.L.A. L. Rev. 283, 303-5 (citado na nota 59). Ver, ainda, Wright-Miller-Kane, *Federal Practice*, §1770, 484-6; Conte-Newberg, *Newberg on Class Actions*, §4:66, 401.

⁶⁵ Sobre diferentes teorias relativas à concepção das ações representativas, ver, *e.g.*, *Developments in the Law: Class Actions*, 89 Harv. L. Rev. 1318, 1329-72; Fiss, 53 Wash. & Lee L. Rev. 21, 24-6.

⁶⁶ Ver, *International Shoe Co. v. Washington*, 326 U.S. 310, 316 (1945).

“É uma doutrina familiar aos tribunais federais que os membros de uma classe não presentes como partes num litígio possam se sujeitar ao julgamento, onde eles, em verdade, são representados adequadamente pela partes que estão presentes, ou onde eles realmente participam na condução do litígio em que membros da classe estão presentes como partes, ou onde o interesse dos membros da classe, alguns deles presentes como partes, é conjunto, ou onde, por qualquer outra razão, a relação entre as partes presentes e aqueles que estão ausentes é tal que confere aos primeiros representar os últimos no julgamento. Em todos esses casos, na medida em que possa ser dito que os membros da classe que estão presentes são, por normas jurídicas genericamente admitidas, representantes no julgamento daqueles que não estão, supomos para os propósitos presentes que tal procedimento outorga proteção às partes que são representadas, apesar de ausentes, o que satisfaz os requisitos do devido processo e da plena fé e crédito”.⁶⁷
(citações foram omitidas)

Questões particulares relativas à representação adequada, nas ações coletivas passivas, exigem uma peculiar análise e um exame mais próximo para averiguar se as partes nomeadas podem realmente proteger, razoável e adequadamente, os interesses de toda a classe.⁶⁸

Existem três principais preocupações relativas à escolha do representante adequado numa ação coletiva passiva: (i) a escolha é feita pelo autor da ação; (ii) as despesas do litígio são desproporcionais ao interesse do eventual representante, de modo a não haver incentivo para qualquer réu suportar os custos da defesa em nome de toda a

⁶⁷ *Hansberry v. Lee*, 311 U.S. 32, 42-3 (1940). Ver, ainda, *Management Television Systems, Inc. v. Nat'l Football League*, 52 F.R.D. 162, 164-5 (E.D. Pa. – 1971) (caso de ação coletiva passiva).

⁶⁸ Cf. Wright-Miller-Kane, *Federal Practice*, §1770, 476 (afirmando que “alguns problemas ou questões especiais têm surgido e exigem uma particular atenção [para se verificar a representatividade adequada do réu]; Conte-Newberg, *Newberg on Class Actions*, §4:66, 401; Wolfson, 38 Ohio St. L. J. 459, 478 (argumentando que “problemas de adequação são mais sérios em ações coletivas passivas do que em ações coletivas ativas”); Comments, *Federal Rule of Civil Procedure 23 Class Action in Patent Infringement Litigation*, 7 Creighton L. Rev. 50, 59-60 (1973) (discutindo as questões inerentes às ações coletivas passivas no contexto de patentes); Theodore W. Anderson e Harry J. Hoper, *Limiting Relitigation by Defendant Class Actions from Defendants Viewpoint*, 4 Marshall J. Prac. & Proc. 200 (1970-1971) (conclamando as partes e os juizes para especiais cuidados com relação aos representantes da classe nas ações coletivas passivas); Kalven e Rosenfield, 8 U. Chi. L. Rev. 684, 697 nota 39.

classe; (iii) a dificuldade de se compensar o advogado pelo benefício que ele confere à classe.

É pública e notória a lição do Professor Chaffee, Jr., onde ele afirma que: “É uma estranha situação onde um lado escolhe o general do exército inimigo”, incutindo a idéia de que o autor irá selecionar um representante fraco para a classe de réus.⁶⁹

Entretanto, a eleição de um representante de classe incapaz pelo autor poderá ser contestada pelos membros ausentes da classe, fato que colocará em risco eventual decisão favorável ao autor.⁷⁰

Além disso, o juiz tem amplos poderes para conduzir a ação (art. 23(d)), de forma a manter o procedimento “imparcial e eficiente”, como mencionado nas *Advisory Committee Notes*.

Neste sentido, ao magistrado é facultado substituir o representante caso ele não defenda vigorosamente os interesses da classe ou adote uma conduta em conflito com os interesses da classe. Em acréscimo, a corte pode permitir a intervenção de um novo representante, para agir em conjunto com o originariamente nomeado, ou simplesmente designar outro representante para a classe.

Semelhantemente com a nomeação provisória do advogado da classe (art. 23(g)(2)(A)), é possível se adotar o mesmo procedimento com relação ao representante da classe, especialmente, nas ações coletivas passivas onde a indicação tiver sido feita pelo autor.⁷¹

Os outros dois problemas apontados envolvem os incentivos para que o advogado assuma o patrocínio da ação coletiva.

Somente investimento em larga escala na demanda pode suplantar a recalcitrância dos réus em assumir o litígio, como representantes da classe.

Este objetivo é conseguido com estímulo ao advogado, obtido mediante um mecanismo ideal de compensação pela performance de seu trabalho.

⁶⁹ Cf. Chaffee, *Some Problems of Equity*, 237.

⁷⁰ Ver, Wolfson, 38 Ohio St. L. J. 459, 478-82.

⁷¹ Cf. MCL, 4th, §21.26, 277. See, In re *Telectronics Pacing Systems*, 172 F.R.D. 271 (S.D. Ohio – 1997); *Shankroff v. Advest, Inc.*, 112 F.R.D. 190 (S.D. N.Y. – 1986).

3.1.2 - Art. 23(b) – Manutenção da Ação Coletiva Passiva

O preenchimento dos pré-requisitos do art. 23(a) é condição necessária para toda e qualquer ação coletiva, quer passiva ou ativa, ou, bilateral, mas não é condição suficiente para a manutenção ou desenvolvimento do litígio coletivo.

Nesta seção iremos focalizar os requisitos adicionais do art. 23(b), que devem ser cumpridos para a utilização da ação coletiva passiva, os quais rendem ensejo aos diferentes tipos de ações, baseadas na diversidade de objetivos de cada uma delas.⁷²

Ações coletivas passivas têm sido certificadas em todas as subdivisões do art. 23(b).

Cabe destacar que, recentemente, uma autora chamou a atenção para o fato de que a ausência de sólidas bases doutrinárias impede a clara distinção entre as categorias de ações coletivas previstas no art. 23(b), tornando-as obscuras e permitindo a sua manipulação pelos litigantes e juizes.⁷³

As ações coletivas reguladas nas subdivisões 23(b)(1) e 23(b)(2) são consideradas como compulsórias, isto é, todos os membros da classe estão sujeitos aos efeitos da decisão. Conseqüentemente, não há possibilidade dos membros da classe requererem sua exclusão do processo.

⁷² **Art. 23(b) – Manutenção das Ações Coletivas.** Uma ação poderá ser mantida (desenvolvida) como uma ação coletiva se os pré-requisitos da subdivisão (a) estiverem presentes, e em acréscimo:

(1) a propositura de ações separadas por ou em face de membros da classe, individualmente, puder criar o risco de:

(A) decisões variadas ou inconsistentes com relação a um membro isolado da classe, as quais poderiam estabelecer um padrão de conduta incompatível com a parte adversa à classe, ou

(B) decisões relativas a membros isolados da classe, as quais poderiam, sob um aspecto prático, ser dispositivas de interesses de outros membros que não sejam partes sujeitas às referidas decisões, ou, que possam impedir ou prejudicar a habilidade destes membros de proteger seus interesses, ou

(2) a parte contrária à classe agir, ou se recusar a agir, por motivos aplicáveis à classe em geral, de modo que se torne apropriado uma tutela mandamental definitiva ou uma tutela declaratória com relação à classe como um todo; ou

(3) o juízo entender que as questões de direito ou de fato comuns a todos os membros da classe predominam sobre quaisquer outras questões que afetem os membros individualmente, e que uma ação coletiva é superior a qualquer outro método disponível para razoável e eficientemente decidir a controvérsia. Os aspectos pertinentes a essa decisão judicial, incluem: (A) o interesse dos membros da classe em controlar individualmente a pretensão ou a defesa em ações separadas; (B) a natureza e a extensão de qualquer litígio concernente à controvérsia já movido por ou em face de membros da classe; (C) o desejo, ou sua falta, de concentrar as pretensões em um específico órgão jurisdicional; (D) as possíveis dificuldades que possam surgir na condução da ação coletiva.

⁷³ Cf. Linda Mullenix, *New Millenium and the Blurring of Categorical Imperatives*, 2003 U. Chi. Legal F. 177, 185, 214-38, 243-6 (2003).

A razão da compulsoriedade é a de se evitar o risco de julgamentos inconsistentes em relação às partes, criando-se padrões de condutas incompatíveis ou a possibilidade de se debilitar ou de se impedir que alguns membros da classe possam exercer ou proteger seus interesses, caso fossem propostas ações individuais envolvendo os mesmos interesses.

Exatamente por esta razão, o Professor Kaplan denominou de “natural” ou “necessária”, a classe certificada com base no art. 23(b)(1) e (b)(2).⁷⁴

É necessário ou natural que pessoas em iguais circunstâncias sejam tratadas de forma idêntica. Caso contrário, o princípio da justiça e o próprio Judiciário seriam desrespeitados.

Esses elementos, em certa medida, descrevem os preceitos contidos nas normas concernentes ao litisconsórcio necessário, dispostos no art. 19, das *Federal Rules of Civil Procedure*.⁷⁵

Primeiramente, a certificação de uma ação coletiva passiva lastreada no art.23(b)(1)(A) é feita para impor um padrão de conduta para o autor compatível com todos os réus.

O objetivo do dispositivo legal é o de procurar evitar decisões variáveis ou inconsistentes em relação a um ou alguns dos réus, isoladamente. É correto afirmar que múltiplas ações, ao invés de um processo coletivo, podem gerar padrões incompatíveis de conduta para parte adversa à classe, ou seja, para o autor.

A utilidade funcional das ações do 23(b)(1)(A) tem sido excepcional em casos de violação de patentes, em virtude da doutrina da *offensive collateral estoppel* criada pela Suprema Corte em *Blonder-Tongue Laboratories Inc., v. University of Illinois Foundation*.⁷⁶

Assim, a decisão judicial que considerou inválida uma patente, pode ser usada como coisa julgada contra o autor da ação original, caso este venha a propor outra ação em face de outro réu. A vantagem do autor em se utilizar da ação coletiva passiva é

⁷⁴ Cf. Kaplan, 81 Harv. L. Rev. 356, 386.

⁷⁵ Ver, Geoffrey C. Hazard, Jr, *Indispensable Party: The Historical Origin of a Procedural Phantom*, 61 Colum L Rev 1254, 1259-60 (1961).

⁷⁶ 402 U.S. 313 (1971). Ver, ainda, Wolfson, 38 Ohio St. L. J. 459, 474 e nota 72, 475 e nota 74.

evitar que tenha que litigar, em cada nova ação individual, as mesmas questões que já fora vencedor.⁷⁷

De qualquer forma, alguns julgados têm decidido que: “se o autor detentor de uma patente, fosse obrigado a agir de modo diferente em relação a diferentes partes, se a validade da sua patente fosse aceita em um caso e rejeitada em outro, ele não estaria sujeito a incompatíveis padrões de conduta. Incompatibilidade de conduta existiria somente se um juízo tivesse decidido que um suposto violador deveria respeitar a patente, e um outro órgão jurisdicional tivesse decidido que o mesmo violador não estava obrigado a respeitar a patente. A parte oposta à classe não poderia violar uma decisão para satisfazer o outro julgamento”.⁷⁸

A interpretação está em conflito com a previsão expressa da norma, com a sua finalidade, e por conseguinte, acaba por conflitar com a lógica.

A parte contrária à classe, na ação coletiva passiva, é o autor. É ele que não pode ter padrões de conduta incompatíveis com relação à classe. A decisão, parece que se norteia na aplicação do artigo em ações ativas, quando é o réu que deve seguir certa conduta em relação à classe de autores.

O preceito legal está embasado na lei da lógica do terceiro excluído (*tertium non datur*): ou a patente é válida e deve ser respeitada por todos, ou, ela é inválida e não pode ser imposta a qualquer um, não há uma terceira opção.

Esta é o motivo pelo qual a ação é considerada “necessária”, ela deve ser decidida de forma homogênea para toda a classe de supostos violadores da patente. O padrão incompatível de conduta do autor surge se, ao mesmo tempo, o respeito à patente pode ser exigido e dispensado.

⁷⁷ Sobre a doutrina da *offensive collateral estoppel* no contexto de valores mobiliários, consultar: *Parklane Hosiery Co., Inc. v. Shore*, 439 U.S. 322 (1979). A doutrina não se aplica ao direito brasileiro. O réu poderá se defender por meio da objeção de coisa julgada, defesa processual, que evitará a reprodução de ação idêntica, em sendo idênticos: partes, pedido e causa de pedir. Todavia, nada impedirá que a validade da patente seja reconhecida em uma ação e noutra não, desde que em face de réus diferentes.

⁷⁸ Cf. 5 *Moore's Federal Practice*, §23.41; *Winder Licensing, Inc. v. King Instrument Corp.*, 130 F.R.D. 392 (N.D. Ill. - 1990); *Webcraft Technologies, Inc. v. Alden Press., Inc.* 228 U.S.P.Q. (BNA) 182 (N.D. Ill. - 1985).

Encontram-se, ainda, no campo dos valores mobiliários, ações coletivas passivas da subdivisão 23(b)(1)(A).⁷⁹

Por seu turno, o *art. 23(b)(1)(B)* contempla ações coletivas passivas porque a propositura de demandas em face membros isolados da classe, enquanto tecnicamente não é óbice para que outros membros possam defender seus direitos, isto pode vir a ocorrer sob um aspecto prático. Aqui, não há um risco de decisões inconsistentes devido ao ajuizamento de demandas separadas, mas sem o procedimento da ação coletiva, os membros ausentes poderão ter seus direitos prejudicados ou aniquilados.

A *Advisory Committee Note* aceitou, expressamente, a utilização da ação coletiva com fundamento na teoria do “fundo limitado”, por ou em face de representantes, ao afirmar: “Em várias situações uma decisão para um ou mais membros da classe irá, provável ou necessariamente, ter um efeito prático adverso sobre os interesses de outros membros, que, portanto, devem ser representados na ação. Este é simplesmente o caso onde as pretensões são feitas por numerosas pessoas contra um fundo insuficiente para satisfazê-las todas. Uma ação coletiva movida por ou em face de membros representativos para decidir a validade das pretensões como um todo, ou em grupos, seguida de provas separadas para determinar a importância devida a cada uma das pretensões válidas e a distribuição proporcional do fundo, resolve o problema”.

A despeito disso, a admissão de ações coletivas passivas, em casos de “fundos limitados”, tem ocorrido somente em situações especiais, já que é raro que réus estejam pleiteando dinheiro em um fundo, como usualmente acontece com autores.

A primeira hipótese que vamos identificar é a da *interpleader* (espécie de intervenção de terceiros, semelhante à oposição) de classe de réus onde, por exemplo, o autor pretende distribuir fundos de um *trust* para os réus.⁸⁰

Outra situação é a relativa a um “fundo comum” de uma apólice de seguro com cobertura sobre responsabilidade civil profissional. Neste caso, ações individuais contra os segurados poderiam esgotar as forças da apólice comum, fazendo com que aqueles

⁷⁹ *E.g.*, In re *Alexander Grant & Co. Litigation*, 110 F.R.D. 528 (S.D. Fla. – 1986); *Weinberger v. Jackson*, 102 F.R.D. 839 (N.D. Cal. – 1984); *McFarland v. Memorex Corp.*, 96 F.R.D. 357 (N.D. Cal. – 1982); In re *Intel Sec. Litigation*, 89 F.R.D. 104 (N.D. Cal. – 1981). Mas, compare, In re *Seagate Technologies Sec. Litigation*, 115 F.R.D. 264 (N.D. Cal. – 1987).

⁸⁰ *E.g.*, *United States Trust Co. v. Alpert*, 163 F.R.D. 409 (S.D. NY. – 1995); *Northern Natural Gas Co. v. Grounds*, 292 F. Supp. 619 (D. Kan. – 1968). Ver, ainda, Notes, 91 Harv. L. Rev. 630, 634 nota 22.

que fossem demandados no futuro tivessem que arcar com os valores da condenação e custos judiciais.⁸¹

Em acréscimo, cortes têm certificado classes de réus, com base no art. 23(b)(1)(B), em litígios relativos a direitos de propriedade.⁸²

No tocante às ações fundadas no *art. 23(b)(2)*, a principal preocupação é o tipo de tutela pretendida.

A intenção do legislado foi a de propiciar, nestas situações, uma tutela mandamental final ou uma tutela declaratória, como preceitua o dispositivo: “a parte contrária à classe agir, ou se recusar a agir, por motivos aplicáveis à classe em geral, de modo que se torne apropriado uma tutela mandamental definitiva ou uma tutela declaratória com relação à classe como um todo”.

As *Advisory Committee Notes* explicam que a citada subdivisão não é direcionada a casos em que o autor estiver, “exclusiva ou predominantemente”, buscando reparação pecuniária por perdas e danos.

Algumas decisões têm interpretado literalmente o art. 23(b)(2), afirmando que “a parte contrária à classe” deve ser entendido como o réu em oposição à classe de autores, de modo a proibir ações coletivas passivas.⁸³

Este significado não está de acordo com a previsão do art. 23, o qual em diversas passagens, expressamente disciplina ambos autores e réus, como por exemplo: 23(a), 23(a)(3), 23(b)(1), 23(b)(3), e 23(d).

Assim, certos autores designam “parte” como classe de autores, coletivamente, em litígios bilaterais envolvendo direitos civis.⁸⁴ Outros argumentam que uma abordagem útil é a de empregar o teste do “link jurídico”.⁸⁵

⁸¹ *E.g.*, In re *Chambers Dev. Sec. Litigation*, 912 F. Supp. 822 (W.D. Pa. – 1995); *Alexander Grant & Co. v. McAlister*, 116 F.R.D. 583 (S.D. Ohio - 1987).

⁸² *E.g.*, *Canadian St. Regis Band of Mohawk Indians v. New York*, 97 F.R.D. 453 (N.D. N.Y. - 1983); *Cayuga Indian Nation v. Carey*, 89 F.R.D. 627 (N.D. N.Y. - 1981); *Oneida Indian Nation v. New York*, 85 F.R.D. 701 (N.D. N.Y. – 1980).

⁸³ *E.g.*, *Tilley v. TJX Cos.*, 345 F.3d 34 (1st Cir. – 2003); *National Union Fire Ins. Co. v. Midland Bancor*, 158 F.R.D. 681 (D. Kansas – 1994); *Henson v. East Lincoln Township*, 814 F. 2d. 410 (7th Cir. – 1987).

⁸⁴ Cf. Comments, 33 U.C.L.A. L. Rev. 283, 305 (citado na nota 98); Note, *Class Standing and the Class Representative*, 94 Harv. L. Rev. 1637, 1651 (1980).

É correto entender que o termo “parte”, previsto no art. 23 no singular, deva ser também usado normalmente no plural, salvo se houver previsão expressa em sentido contrário.⁸⁶

O mais relevante domínio do direito que as ações coletivas passivas são certificadas, com base no art. 23(b)(2), é o pertinente aos direitos civis.⁸⁷ Entretanto, verificam-se ações sobre direitos de propriedade e moradia⁸⁸, benefícios governamentais⁸⁹, e discriminações sexuais⁹⁰.

O último tipo de ações coletivas é a do art. 23(b)(3).

A principal diferença entre a ação coletiva do art. 23(b)(3) e os demais tipos reside no mecanismo de exclusão (*opt-out*) do processo pelos membros da classe, obviando os efeitos da decisão coletiva.

Costuma-se afirmar que este tipo de ação coletiva “não é particularmente talhado para classes de réus, porque os membros das classes do art. 23(b)(3) têm o direito de requerer exclusão do julgamento da classe”.⁹¹

A despeito dessa ponderação, ações coletivas passivas têm sido certificados com base no art. 23(b)(3).⁹²

⁸⁵ Cf. Note, *Certification of Defendant Class Actions under Rule 23(b)(2)*, 84 Colum. L. Rev. 1371 (1984).

⁸⁶ Cf. Conte-Newberg, *Newberg on class action*, §4:66, 398.

⁸⁷ E.g., *Marcera v. Chinlund*, 595 F.2d 1231 (2nd Cir. – 1979); *United States v. Rainbow Family*, 695 F. Supp. 314 (E.D. Texas – 1988); *McKay v. County Election Comm'rs*, 158 F.R.D. 620 (E.D. Ark – 1994).

⁸⁸ *Metropolitan Area Housing Alliance v. U. S. Department of Housing and Urban Development*, 69 F.R.D. 633 (N.D. Ill. – 1976).

⁸⁹ *Luyando v. Bowen*, 124 F.R.D. 52 (S.D. N.Y. – 1989).

⁹⁰ *Kane v. Fortson*, 369 F. Supp. 1342 (N.D. Ga. – 1973).

⁹¹ Cf. Conte-Newberg, *Newberg on class action*, §4:67, 405. Mas, compare, Note, 91 Harv. L. Rev. 630, 635.

⁹² E.g., *Consolidated Rail Corp. v. Town of Hyde Park*, 47 F. 3d. 473, (2nd Cir. - 1995); *Alvarado Partners, L.P., v. Mehta*, 130 F.R.D. 528 (D. Colo. – 1990); *In re Alexander Grant & Co. Litigation*, 110 F.R.D. 528 (S.D. Fla. – 1986); *In re Gap Stores Securities Litigation*, 79 F.R.D. 283 (N.D. Cal. – 1978); *Williams*, 89 F.R.D. 287, 294.

Neste sentido, demonstramos no decorrer destas linhas que a permissão do *opt-out* na ação coletiva passiva coloca todos em posição de desvantagem (quer os membros que se retiram, quer os membros que remanescem no processo, e o autor).

As *Advisory Committee Notes* asseveram que o último tipo de ação coletiva prevista no art. 23(b)(3) “abrange aqueles casos em que uma ação coletiva aufere economia de tempo, de esforço, e de despesas, e promove a uniformidade da decisão para as pessoas semelhantemente situadas, sem sacrificar a isonomia procedimental ou produzir outros resultados indesejados”.

Uma ação coletiva passiva deve ser mantida (prosseguir) com base no art. 23(b)(3), se questões comuns predominam sobre questões que afetam os membros da classe isoladamente, e o processo coletivo é superior a qualquer outro método disponível para solucionar o conflito, de sorte a julgar, razoável e eficientemente, a controvérsia.⁹³

⁹³ Ver, Weinstein, 9 Buff. L. Rev. 433, 438-54.